

TUTELA JURISDICIONAL: finalidade e espécies

LUIZ FUX

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Sumário: 1. Tutela jurisdicional. 2. Espécies de tutela jurisdicional. 2.1. Tutela de cognição. 2.2. Tutela de execução. 2.3. Tutela cautelar. 2.4. Tutela antecipada - generalidades.

1. Tutela Jurisdicional

O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto. A supremacia dessa solução revelou-se pelo fato incontestável de a mesma provir da autoridade estatal, cuja palavra, além de coativa, torna-se a última manifestação do Estado soberano acerca da contenda, de tal sorte que os jurisdicionados devem-na respeito absoluto, porque haurida de um trabalho de reconstituição dos antecedentes do litígio, com a participação dos interessados, cercados, isonomicamente, das mais mezinhas garantias. Essa função denomina-se *jurisdicional* e tem o caráter tutelar da ordem e da pessoa, distinguindo-se das demais soluções do Estado pela sua imodificabilidade por qualquer outro poder, em face de adquirir o que se denomina em sede anglo-saxônica de "*final enforcing power*", consubstanciado na "coisa julgada".



<http://bdjur.stj.gov.br>

O Estado, através da jurisdição, e provocado pelo interessado que exerce a ação, institui um método de composição do litígio com a participação dos reais destinatários da decisão reguladora da situação litigiosa, dispondo sobre os momentos em que cada um pode fazer valer as suas alegações, com o fim de alcançar um resultado corporificado em tudo quanto o Judiciário "sentiu" das provas e do direito aplicável retratado na "sentença". *Jurisdição*, *ação* e *processo* são, assim, os monômios básicos da estrutura do fenômeno judicial.

Malgrado se revele um substitutivo das condutas barbáricas de outrora, o acesso à jurisdição deve ser excepcional, haja vista que, numa sociedade harmônica, o ideal, mercê do cumprimento espontâneo do direito, é a própria autocomposição, que otimiza sobremodo o relacionamento social. Esta é, sem dúvida, a razão pela qual os diplomas processuais modernos inserem a *fase de conciliação* como obrigatória nos processos judiciais, preocupação que levou o legislador constitucional brasileiro a contemplá-la na Carta Maior. A jurisdição encerra, em suma, a restauração da legalidade e da justiça como instrumento eficaz da paz social e da preservação da garantia dos direitos do homem.

A jurisdição não se limita à operação de subsunção do conflito à regra abstrata reguladora do conflito. Anota-se, em sede doutrinário-histórica, que a jurisdição compreendia cinco elementos, a saber: **notio**, **vocatio**, **coertitio**, **judicium** e **executio**.

Dessa constatação apreende-se o que pretendeu Cernelutti ao afirmar; "*Juiz não é só o que julga, mas também aquele que ordena: é aquele, em suma, cuja decisão tem eficácia de uma ordem*". As modalidades de tutela variam conforme a natureza do conflito levado ao Judiciário. Há lides de "pretensão resistida" e lides de "pretensão insatisfeita"; vale dizer, há casos em que o Estado-juiz define direitos e outros em que a definição é um *prius* antecedente à "realização" do direito



reconhecido em sentença ou no documento com eficácia equivalente (títulos executivos extrajudiciais).

Outrossim, constatada a inexistência de um sistema ideal no qual jurisdicional é a prestação efetivada tão logo apresentado o pedido em juízo, revelou-se mister garantir "condições para a realização da justiça", posto que o objeto do julgado pode sofrer alterações substanciais que influam na solução justa da lide, quer pelo agravamento das condições de fato, quer pela criação de um estado de periclitção do direito da parte, dos bens ou das provas que servirão de elementos de convicção.

Concluiu-se a necessidade de dotar a jurisdição de um **tertium genus** capaz de "assegurar a utilidade prática" das demais formas de tutela e, em "defesa da jurisdição". Previu-se, assim, a "tutela preventiva" ou "cautelar" pela sua finalidade de conjurar o perigo resultante da demora "natural" do processo.

Decorre, do exposto, que a tutela jurisdicional apresenta-se sob três modalidades básicas:

- 1) a tutela jurisdicional de cognição ou conhecimento;
- 2) a tutela jurisdicional de execução; e
- 3) a tutela jurisdicional de assecuração ou cautelar.

Essas três formas de tutela guardam fidelidade com aquela característica "substitutiva" da jurisdição, intermediadora de conflitos e mantenedora da paz e da ordem. A hipótese de intervenção subjetivamente judiciária e materialmente administrativa da justiça no domínio das relações privadas escapa a essa ótica da jurisdição, malgrado a lei a denomine de "jurisdição voluntária", revelando um fenômeno peculiar de acesso obrigatório à justiça em casos de situações jurídicas



inter volentes, nas quais a chancela do Judiciário é requisito de validade, entrevisto pelo legislador como necessário, decerto por vislumbrar no juiz um magnânimo "administrador da conveniência e oportunidade" de determinadas providências.

A noção de processo é teleológica e a sua classificação obedece aos fins jurisdicionais que se pretendem alcançar através da sucessão de atos. Assim, o processo tem a mesma natureza da espécie de jurisdição que se colima. Em consequência, *à tutela de cognição corresponde o processo de conhecimento, à de execução o processo de execução e à de assecuração o processo cautelar.*

Como o processo é um conjunto de atos, os tipos processuais distinguem-se pela preponderância de atividades de cada um e pela sua **causa finalis** que informa uma dessas relações jurídico-processuais. É que os processos não são absolutamente puros, no sentido de que no processo de conhecimento só se praticam atos intelectivos e no processo de execução abole-se qualquer cognição. Há uma preponderância não exclusiva de atividades jurisdicionais típicas. Assim, **v.g.**, a execução do despejo realiza-se na mesma relação processual de cognição de onde emerge o comando da rescisão do vínculo da desocupação do imóvel, ao passo que na execução é lícito ao devedor instituir contraditório eventual através da cognição incidental instaurada pelos embargos.

2. Espécies de Tutela Jurisdicional

2.1. Tutela de cognição

A atividade cognitiva é considerada o núcleo mais expressivo da jurisdição, tanto que autores de renome consideravam o "processo de conhecimento" como "jurisdicional", em contraposição ao executivo e ao preventivo. Realmente, a cognição, como a atividade de conhecer os fatos e o direito para julgar, lega ao Judiciário a tarefa de "dizer o direito" - **jus**



dicere - aplicável à espécie, substituindo a inteligência dos contendores na compreensão dos fins da lei. O Judiciário, através da cognição, aplica a lei ao caso concreto, impondo a sua vontade, exteriorizada no ato final, com coerção e autoridade. O fim a que se visa no processo de conhecimento é a obtenção da resposta judicial acerca de quem efetivamente tem razão à luz do direito positivo. Daí afirmar-se que o processo serve para dar razão a quem efetivamente tem-na, bem como o processo de conhecimento é aquele em que o Judiciário é convocado a declarar entre dois contendores - com a solenidade e com os efeitos da sentença - quem tem razão.

A cognição encetada pelo juiz admite variações quanto à extensão e profundidade do **thema iudicandum**. Há ações em que a cognição é *plena* e *ilimitada* e outras em que é limitada ou incompleta. Imperativos de justiça, por vezes, impedem a cognição *exauriente*. Em regra, nas hipóteses em que o juízo prove sob urgência, sumariza-se a cognição para compatibilizá-la com as necessidades da causa. O exame vertical impediria ao juízo de atender ao postulado da "celeridade". Essa cognição sumária pode ser **initio litis**, passível de ser confirmada ou reformada ao final do processo.

Considere-se, ainda, embutida na expressão "cognição sumária" a regra **in procedendo**, que permite ao juízo prover **initio litis** sem correspondência com a maior ou menor evidência do direito pleiteado em juízo. É o que ocorre, **v.g.**, com o mandado de segurança, que exige direito líquido e certo, e autoriza o juízo a concedê-lo sumariamente. A atividade sumária não tem correlação com o grau de convencimento do juízo acerca do direito, revelando-se em expediente autorizativo de um julgamento com base em "lógica razoável" em função da necessidade de se prover de imediato. Mas nada obsta a que se tenha que prover de imediato com base em *direito evidente*. Destarte, se o direito não for evidente mas se tornar premente a tutela, autoriza-se a sumarização da



cognição com o provimento imediato calcado em juízo de mera probabilidade, como sói ocorrer com a tutela cautelar. O mesmo fenômeno ocorre em sede de "tutela de segurança", com a peculiaridade de que o provimento pode retratar no plano da realizabilidade prática uma solução **secundum eventum litis**, irreversível, cujo regime há de ser igual ao das decisões definitivas expedidas após cognição exauriente.

Impõe-se considerar que a matéria está longe de ser pacífica. Ao revés, sustenta-se que a situação de urgência não autoriza uma cognição exauriente. Esta, em nosso entender, vai depender do material jurídico-probatório levado ao juízo. O *direito evidente*, fartamente comprovado, admite uma *cognição rápida, sumária e exauriente*. Há outros casos em que, mercê da urgência, o direito não parece evidente ao juízo, mas a lei o autoriza a prover com base apenas naquela "aparência", valorizando a "celeridade" em detrimento da "segurança" do julgado. Por isso que não nos parecem indissoluvelmente ligados os conceitos de cognição sumária e juízo de probabilidade, podendo haver cognição sumária e direito evidente. Ainda no que concerne à cognição, típica dos processos de sentença, merece assentar-se a distinção de cognição plena e parcial. Na primeira, toda a "superfície contenciosa" é abarcada pelo **decisum**, e essa é a regra até para atingir-se o escopo da jurisdição, que é o de pacificar da forma mais ampla possível. Em contraposição, a cognição parcial deixa de fora parte do litígio, não da lide - que resultaria em julgamento **citra petita**. É o que se dá na ação possessória em que o petitório não pode ser objeto de apreciação do juízo, considerando-se exceção reservada. Essas limitações obedecem, em geral, à maior proteção de bem da vida objeto do pedido do autor; por isso, propende o ordenamento para seu reconhecimento. Assim, **v.g.**, na consignatória, a regra é a extinção da obrigação pelo pagamento, daí a restrição da defesa que vise a infirmar a liberação do **solvens**. Na ação renovatória, a proteção ao "fundo de comércio" sobrepõe-se à amplitude de defesa do locador que objetive evitar a renovação, por isso limitada.



O processo de conhecimento conducente à sentença admite espécies, conforme o *conteúdo da resposta judicial de procedência*. Assim é que os processos de conhecimento podem ser "declaratórios", "condenatórios", "constitutivos" ou "mandamentais". Considerando o processo como "projeto da demanda procedente", tem ele a mesma natureza desta, uma vez que a improcedência se reveste de um "provimento declaratório negativo". O juízo "declaratório" é aquele donde provém uma sentença que declara a existência ou a inexistência de uma relação jurídica, com a força do ato da autoridade. O caráter preventivo e didático da sentença declaratória e a função definidora que lhe é peculiar são responsáveis pelo seu prestígio histórico. Desse dado não se desprende o sistema nacional, prevendo, ao lado da declaratória autônoma, também a *declaratória incidental* que, manejada no curso do processo, permite que se dissipem, com força do caso julgado, as incertezas acerca da relação jurídica que está fora da causa, mas que figura como premissa inafastável do julgamento da lide, por lhe ser "prejudicial". Por seu turno, essa incerteza há de derivar da dúvida objetiva e jurídica que autoriza essa propositura da ação independente, bem como daquela cujo interesse exsurgiu supervenientemente em face da impugnação do demandado.

A declaração de *existência* da relação jurídica corresponde à "declaratória positiva", e a de *inexistência*, à "declaratória negativa". A classificação vai depender do pedido proposto em confronto com a procedência do mesmo. Não obstante seja assente que na ação declaratória a atividade jurisdicional incida sobre a regra "preceptiva" do comando legal, a lei enuncia que, mesmo nas hipóteses em que já ocorreu a violação e, portanto, a prestação jurisdicional possa recair sobre a parcela sancionatória da norma jurídica, "é lícito ao autor" requerer a "simples declaração" (art. 4-º, parágrafo único, do Código de Processo Civil). O legislador, ao permitir esse "meio-caminho", restabeleceu o interesse de agir do demandante que, podendo requerer a tutela



condenatória, limita-se a pleiteá-la declaratória, justamente pelo seu sentido jurídico-preventivo.

A sentença de procedência de natureza *constitutiva*, derivada de tutela da mesma qualidade, faz exsurgir no mundo do direito um estado jurídico novo, consistente na formação, na modificação ou na extinção de uma relação jurídica; por isso, todas as demandas de anulação e rescisão de negócio jurídico são "constitutivas". Como consequência, não se pode gerar uma situação nova sem a presença de todos os interessados, razão pela qual nessas ações o "litisconsórcio é necessário". Algumas situações jurídicas somente exsurgem, necessariamente, por obra do juízo, sem que as partes disponham de poder privado de alteração daquele estado objetivamente tutelável pelo ordenamento. As ações constitutivas, nesses casos, são "necessárias" ao surgimento da nova relação, diferentemente de alguns outros em que a constituição opera-se por obra dos interessados. Exemplo do primeiro caso é a ação de anulação de casamento insusceptível de ser desconstituído, com esse efeito, por ato voluntário das partes. Diz-se, inclusive, que o interesse de agir nasce no mesmo momento em que surge o direito à constituição do estado jurídico novo. A segunda hipótese encaixa-se em todas as situações em que se desconstituem vínculos disponíveis, como, **v.g.**, ocorre com a rescisão do contrato de locação, de comodato, de mútuo etc. Não obstante todo provimento judicial, na sua base e no seu **iter** de formação, passe pela prévia declaração, com maior ou menor grau de imutabilidade, a "tutela constitutiva" caracteriza-se pelo **plus** de seu efeito, haja vista que a declaratória não "cria estado jurídico novo". Exatamente porque faz surgir num dado momento algo que antes não existia é que a decisão produz seus efeitos **ex nunc**, respeitadas as consequências jurídicas anteriores.

A *tutela condenatória*, diferentemente da declaratória, não incide sobre o preceito, senão sobre a sanção da norma. A referida



espécie pertine ao fenômeno "lide de pretensão resistida" que engloba não só os casos em que a contestação do direito exige a intervenção judicial para exarar a certeza jurídica necessária, como também as hipóteses de violação efetiva do direito subjetivo, quando então o restabelecimento do estado anterior, pela incidência da sanção, faz-se por obra do Estado-juiz. Assim como não pode o particular impor a sua interpretação acerca do direito, também não lhe é lícito atribuir uma lesão ao seu direito, impondo a sanção da lei ao outro contendor. A sentença particulariza e especifica a sanção imputável ao violador, com a característica maior de colocar o Estado à disposição do lesado para, em atividade complementar à cognição, tornar realidade o "preceito sancionatório".

O **plus** na tutela condenatória está em que o autor não se limita ao pedido de dissipação da incerteza jurídica, acoplando-lhe o de aplicação da sanção cabível. De toda sorte, o pedido de declaração é implícito e reveste-se de força de coisa julgada após a condenação, tanto que a propositura posterior de ação declaratória, em curso a ação condenatória, revela o fenômeno da "litispendência". A lesão "atual" aponta o interesse de agir na tutela condenatória, admitindo-se, outrossim, a "condenação para o futuro" nos casos em que a prevenção por si só habilita o ingresso na justiça, dependendo a efetivação da sanção de fato posterior. Aduz-se, assim, a uma "condenação para o futuro", instrumentalizando-se a sanção posterior em processo complementar de "liquidação por artigos". É o que ocorre, **v.g.**, com a condenação do locador se não utilizar o prédio locado retomado, com a prevenção sancionatória do interdito proibitório, e com a condenação das prestações vincendas etc.

A tutela de conhecimento do tipo "mandamental" apresenta resistências doutrinárias quanto à sua admissibilidade. As mandamentais são ações em que o comando judicial, mercê de apresentar o conteúdo dos demais, encerra uma ordem que é efetivada "na mesma relação



processual" de onde emergiu o mandamento. A peculiaridade é a sua efetividade pela unidade procedimental da cognição e execução. São mais do que "executivas" **lato sensu**. Tributa-se a Kuttner a criação das ações de mandamento, aceitas por parte da doutrina nacional.

A característica da ação mandamental é a realizabilidade prática do direito litigioso no procedimento da cognição mediante execução ou ordem. Afina-se essa forma de tutela com os casos de periclitção, como sói ocorrer com a tutela de segurança. A mandamentabilidade está na "preponderância da ordem sobre o julgamento", isto é, a declaração do direito precede, mas a eficácia que se busca é a ordenatória e não a condenatória, como imaginam aqueles que não concebem emita o juiz ordens. Essa mandamentabilidade das sentenças verifica-se pela sua pronta realizabilidade prática, que repercute na concepção de coisa julgada, conforme o efeito prático seja reversível ou não. Esse aspecto mandamental faz do provimento "execução para segurança" e não "segurança para execução", binômios criados por Pontes de Miranda. O reconhecimento desse tipo de tutela cresce com a própria tutela de urgência, porque a "execução" das decisões é decorrência do poder necessário à efetividade dos provimentos judiciais sob pena de grave desprestígio para a função jurisdicional.

Outra característica dessa mandamentabilidade é sua "atuação" do provimento **simpliciter et de plano**, ora por obra do próprio Estado, ora pelo cumprimento por parte do demandado, que não pode escusar-se de adimplir ao comando sob pena de desobediência. Enfim, o cumprimento da decisão mandamental dá-se em procedimento unitário, para utilizarmos a expressão do conhecido ensaio crítico de Liebman.

2.2. Tutela de execução

A tutela executiva compõe o segundo gênero de tutela jurisdicional e caracteriza-se precipuamente pela prática de atos que



visem a satisfazer e realizar no mundo prático o direito do sujeito ativo da relação processual executiva, que é o exeqüente. Os atos jurisdicionais que se pleiteiam não o são de definição de direitos, como ocorre na cognição, mas antes de realização, em face da demonstração **prima facie** do bom direito do exeqüente pela exibição inicial e obrigatória de um "título executivo".

Preponderam, pois, os atos materiais sobre os intelectivos, o que justifica uma maior descentralização das atividades processuais e o aparecimento de maior número de protagonistas nesse processo, onde os meios são múltiplos para alcançar-se o escopo final da tutela, que é a "satisfação prática" dos interesses do credor.

Assim, **v.g.**, na execução por quantia certa o objetivo é a prática de todos os atos necessários a fazer reincorporar-se ao patrimônio do credor a quantia mencionada no título e não entregue voluntariamente pelo devedor. Desta sorte, a venda de bens para convertê-los em dinheiro é exemplo marcante do ato-tipo que se pratica na execução, em nada se assemelhando à atividade especulativa engendrada no processo de conhecimento. Apesar de sua aparente rudeza, oriunda do processo germânico, a execução baseia-se numa história de equidade e proteção dos mezinhos direitos fundamentais do devedor, por isso que o processo executivo evolui juntamente com as conseqüências do inadimplemento. Outrora eram bárbaras as seqüelas do descumprimento das obrigações, evoluindo até o estágio radical do "prestígio ao inadimplemento", notadamente no campo das obrigações ditas "subjetivamente personalíssimas", por força da regra "**nemo potest cogi ad factum**", posteriormente superada pelas *astreintes* do direito francês. A execução, no seu escopo realizador e com o fito de revelar toda a seriedade da jurisdição, caminha sempre no sentido de dar ao credor aquilo que ele obteria se a obrigação tivesse sido cumprida voluntariamente, preservando-o de tal forma que ele não sinta os efeitos



do descumprimento. Para esse fim, vale-se o Estado-juiz de meios múltiplos de superação da obstinação do devedor em não cumprir a obrigação, suprimindo-o nos casos em que não seja imprescindível o seu atuar. Nesse afã, ora o Estado se substitui ao devedor, satisfazendo o credor independentemente a sua colaboração, ora compele o **solvens** a colaborar sob pena de infligir-lhe uma sanção pecuniária ou restritiva de liberdade. Aos primeiros meios denomina-se de "meios de sub-rogação" e, aos segundos, de "meios de coerção".

Cada um destes tem seu campo distinto de atuação, merecendo maior incidência a coação, por força mesmo da própria evolução e humanização das técnicas de repressão ao inadimplemento. Assim, **v.g.**, na execução dita por quantia certa, o Estado vale-se do meio de sub-rogação para alienar o bem do devedor, expropriando-lhe a faculdade de dispor integrante do domínio, e apurar judicialmente os fundos necessários ao pagamento do credor. Em contrapartida, é sob a ameaça de incidência intermitente de "multa diária" que o Estado visa a compelir o devedor a cumprir uma prestação de fato infungível ou personalíssima, à míngua da inutilidade dos meios de sub-rogação.

A finalidade da execução ou a natureza da prestação objeto do vínculo obrigacional é que vai indicar qual dos meios executivos é mais eficiente, haja vista que a lei confere **modus operandi** diversos conforme o bem da vida que se pretenda com a tutela de execução. Assim sendo, à execução de condenação de fazer e não fazer não se aplicam os mesmos meios executivos da execução por quantia certa ou da execução para entrega de coisa certa ou incerta. Num verdadeiro sistema de "freios e contrapesos" processual a lei procura atender aos interesses do credor sem sacrificar sobremodo o devedor, dispondo que o exeqüente deve receber aquilo a que faz jus segundo o título executivo, devendo-se alcançar esse fim da forma menos onerosa para o devedor. Exatamente porque o direito do exeqüente encontra-se evidenciado no título executivo



obrigatório, é ampla a disponibilidade do direito deduzido em juízo, independentemente de anuência do executado. O regime diverso do processo de cognição explica-se pelo "estado de incerteza jurídica" que existe enquanto pendente aquele. Na execução o direito é certo, líquido e exigível. Essa certeza não retira a possibilidade do contraditório eventual suscitado pelo devedor através dos embargos. Mas, de toda sorte, a sua convocação não se dá para "discutir", senão para "cumprir". O devedor demandado é que pode fazer exsurgir a "controvérsia", enxertando no organismo do processo de execução um outro, de natureza cognitiva e prejudicial, cuja finalidade é destituir aquela verdade que se encarta no título executivo, podendo inutilizar o título, o crédito ou, por via oblíqua, o próprio processo, sendo certo que, neste último caso, o crédito, substrato material da execução, não desaparece do mundo jurídico, mantendo a sua exigibilidade, ainda que por via de outra forma de tutela. A necessidade de "segurança do juízo" para discutir os seus "embargos" e a não-suspensividade do recurso acaso interposto contra a decisão denegatória de mérito dessa oposição à execução fundam-se na posição proeminente do exeqüente, em razão da extrema energia processual do título executivo exibido inicialmente.

Este apresenta esse poder originário de convencimento quer tenha sido produzido em juízo (título judicial), quer fora dele (título extrajudicial), distinguindo-se os referidos títulos quanto à amplitude de cognição das "defesas" acaso opostas pelo devedor, haja vista que a preclusão que atinge os títulos judiciais quanto às matérias que poderiam ter oferecido preteritamente ao surgimento da sentença não alcança o documento extrajudicial, porque é a primeira aparição desta em juízo, alargando-se sobremodo o campo de análise do Judiciário quanto à sua legitimidade formal e substancial.

Não obstante essa sua índole, o processo de execução, mesmo na sua feição tipicamente realizadora de direitos, subsidia-se das regras



do processo de conhecimento, posto que esse livro do Código contém normas gerais de processo aplicáveis a todas as formas de tutela.

2.3. Tutela cautelar

A necessidade de garantir a utilidade prática das tutelas antecedentes de cognição e execução levou o legislador a conceber um **tertium genus** de prestação jurisdicional, consistente num provimento servil às demais manifestações judiciais, capaz de resguardar as condições de fato e de direito para que a justiça seja prestada com efetividade.

Observou o legislador de há muito, que o próprio processo de "amadurecimento" da decisão após a manifestação das partes impunha um lapso de tempo, por vezes prejudicial ao objeto do juízo que, exatamente por isso, fica sujeito a mutações prejudiciais ao julgamento, quer por força de atos maléficos perpetrados por uma parte contra o direito da outra antes do julgamento da causa, quer em função da própria natureza das coisas.

Assim, **v.g.**, o perecimento de uma coisa litigiosa tanto pode ocorrer por força de um evento fenomênico, como a chuva, quanto por obra da destruição proposital da parte adversa.

Essa constatação conduziu, assim, à criação de medidas múltiplas capazes de evitar o malogro da tutela principal no momento de sua efetivação. As "cauteíares" ou medidas assecuratórias surgiram com o escopo precípuo de "servir" ao processo de conhecimento ou de execução. Essa forma de tutela diz-se eminentemente processual porque o interesse tutelado não é "atributivo de bens da vida" senão público de "acessar-se a justiça com efetividade". É certo que de nada adiantaria deferir-se o acesso à justiça sem a garantia respectiva de criação das condições ideais para a prestação jurisdicional, sob pena de resultar em mera divagação constitucional. A tutela cautelar, assim, revela-se a mais importante de todas pela sua própria antecedência lógica quando uma situação de



periclitção sinaliza para a frustraço da tutela principal em razão da impossibilidade de prestação da justiça imediata.

É flagrante, assim, a "servilidade" da tutela cautelar, às demais formas de prestação de justiça, o que explica a sua *transitoriedade* ou *não-definitividade* no sentido de "tempo" e de "definir o litígio", bem como sua inegável *dependência ao processo principal*, característica que a doutrina denomina de "instrumentalidade". Destarte, essa tutela apresenta natural instabilidade porque a sua vida tem como duração o tempo necessário à preservação a que se propõe, sendo certo que a situação cautelanda pode desaparecer por diversos fatores, que vão desde o desaparecimento do estado de periclitção até a confirmação pela tutela principal de que o direito alegado pela parte receosa não existia.

A não-definitividade da tutela cautelar - não porque sumária a cognição mas antes porque escapa ao seu escopo, meramente processual -justifica a regra de que, acautelada a situação jurídica objeto da tutela principal, esta tem de ser engendrada em 30 (trinta) dias da efetivação da medida, porque a urgência tem de ser comprovada pelo seguimento da propositura da ação principal. Quem receia mostra por que receia. A manutenção **ad infinitum** da cautelar indicaria o desaparecimento do perigo da demora para o processo principal sequer proposto no prazo. Ademais, a cautela aguarda a definição, mas não lhe faz as vezes. Por outro lado, os provimentos cautelares causam restrições de direitos e esse estado de limitação somente se justifica porque a parte denunciara uma possibilidade de malogro de uma tutela proponível. Logo, nada justifica que o requerido suporte os rigores da medida sem que a urgência seja fundamentadamente verdadeira, porque, do contrário, o requerente poderia aguardar a "definição" plenária.

A urgência, uma constante nessa forma de tutela, admite graus, tanto que o legislador previu a *antecipação da tutela cautelar*



através de medida liminar inaudita, mercê da existência de um procedimento comum, onde o provimento dito cautelar pode advir de uma sentença final, após prévia cognição. Destarte, essa mesma urgência torna esse comando emergente da sentença mandamental, onde a efetivação de seu conteúdo dá-se na mesma relação processual, fundindo-se execução e cognição no mesmo processo. A decisão, porque não definitiva de litígio, não se reveste da imutabilidade característica da "coisa julgada material", salvo se se verificar que não haverá processo principal tutelável em razão da decadência ou da prescrição, hipótese em que, por economia processual, antecipadamente o juiz jugula no nascedouro a pretensão que viria a ser deduzida no processo principal "ameaçado" de malogro. Esta é, aliás, a influência mais viva da tutela cautelar na ação principal, cuja autonomia decorre mesmo da diversidade do objeto do juízo, vale dizer: um de natureza preponderantemente processual e outro de cunho material.

A despeito das óticas diferentes, impossível seria reclamar assecuração sem revelar a "tutela acautelada". Isso implica a divulgação, em sede cautelar, do objeto que comporá a tutela ameaçada. A isso denomina-se de **fumus boni jûris**. A tutelabilidade **in abstracto** do direito material invocado é suficiente para cumprir esse primeiro requisito legal, rotulado pelo Código como "a lide e seu fundamento". Adjunta-se a ele o estado de perigo, que justifica a providência assecuratória.

As medidas acautelatórias, porque não definitivas e não sustentadas em análise vertical do direito das partes, devem ser conferidas com "excepcionalidade".

É que seu fim é cristalinamente definido quanto ao necessário estado de periclitção. Não o havendo, prefere o legislador que a causa se trave diante de um juízo vertical e definidor de direitos, como ocorre na tutela assegurada. O procedimento sumário das cautelares *tout court* não



foi instituído para a tutela imediata dos direitos evidentes, que restaram por receber tratamento privilegiado com o advento da tutela antecipatória. A análise superficial para prover com a rapidez que o estado de coisas exige impõe uma margem de risco de erro judiciário na adoção desses provimentos.

Esta é a razão pela qual a lei estabelece a *contracautela*, que visa a minimizar, senão afastar, a repercussão negativa na esfera jurídica do requerido que uma medida cautelar possa causar-lhe em razão de eivas de **erros in judicando** ou **in procedendo**. A caução de contracautela é a contrapartida pela adoção do provimento de urgência com base em juízo perfunctório. Sem prejuízo, o requerente desse provimento assume a responsabilidade objetiva pelo risco judiciário, devendo responder por tudo quanto possa causar à parte contrária, em razão de ter requerido uma medida urgente. A defesa da utilidade do processo é algo que escapa ao poder dispositivo das partes. Não as compete juízo da conveniência ou não de se preservarem as condições para que a justiça seja prestada eficazmente. Trata-se de um instrumento da soberania e como tal deve ser de exclusiva verificação.

Esta é, sem dúvida, a razão pela qual propende a doutrina atual pela aceitação da atuação **ex officio** nas cautelares incidentais. Entretanto, nada justifica que a mesma razão não autorize a iniciativa estatal, nas cautelares antecedentes porque o móvel da soberania está presente em ambas.

Consectário dessa proposição é a ampla possibilidade que o juiz detém de prover "inominadamente", isto é, de deferir providências idôneas e adequadas à defesa da jurisdição, através do que se convencionou denominar "poder cautelar genérico".

A análise da própria finalidade jurisdicional-cautelar nos indica que se trata de um "dever" e não um "poder" que se exige como



decorrência do "direito à jurisdição" outorgado a todo cidadão. A impossibilidade de autotutela e a necessidade de garantir-se um efetivo acesso à justiça implicam a obrigação de o Estado evitar que se frustre essa garantia, quer para isso seja convocado a atuar, quer **sponte sua** observe do perigo.

Em resumo, a tutela cautelar difere das anteriores por representar uma prestação da justiça de cunho eminentemente processual, no afã do resguardo das outras duas espécies, com a singularidade de que seu objeto é a "defesa da jurisdição", cuja titularidade pertence ao Estado-soberano que, por isso, pode atuar de ofício no exercício do dever correspectivo ao direito de ação constitucionalizado.

2.4. Tutela antecipada - generalidades

A *tutela satisfativa imediata* compatibiliza-se com aquilo que denominamos "situação de segurança" e "situação de evidência". Em ambos os casos o processo, para cumprir o seu desígnio, deve instrumentalizar-se de tal forma que torne rápida e efetiva a proteção requerida.

Cumprindo essa finalidade maior da prestação jurisdicional, o legislador processual brasileiro fez exsurgir no cenário do processo uma salutar regra **in procedendo**, segundo a qual, cumpridos determinados requisitos, é lícito ao juiz *antecipar os efeitos práticos* do provimento futuro aguardado pelo demandante.

A regra é inovadora, posto que prevista no livro das disposições aplicáveis a todos os processos e procedimentos; por isso, a "tutela liminar" não se restringe mais àqueles procedimentos onde a medida vem textualmente prevista.



Observa-se, de início, o caráter discricionário da regra do art. 273 do CPC, tanto que a lei utiliza-se da dicção "poderá", no sentido de que o juiz dispõe desse poder avaliatório da situação de segurança e da situação de evidência.

Mantendo-se fiel ao anacronismo de nosso sistema, consoante crítica precedentemente traçada, o legislador condicionou a concessão da tutela antecipada ao requerimento da parte, excluindo a possibilidade da iniciativa do juiz.

A regra parece aceitável em termos de tutela dos direitos evidentes, máxime naqueles casos de interesses disponíveis. Contudo, ao ângulo das situações de perigo, o preceito revela-se acanhado, posto que o malogro do direito material da parte se avizinha com esvaziamento da função jurisdicional substitutiva. Lavrou-se, neste passo, fundo voto de desconfiança no Judiciário, mercê de manter-se em diploma tão atual uma velha postura homenageadora do vetusto e ultrapassado princípio da "inércia processual".

O ativismo judicial que hoje se apregoa faz da lei nova, nessa parte, um diploma recheado de vetustez e covardia, sem prejuízo de afastar-se dos mais modernos postulados da efetividade do processo e dos direitos. Esse acanhamento do legislador foi tão longe que retirou praticamente com a outra mão a sedutora idéia da tutela antecipada, ao dispor no § 2º do art. 273, que: "Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado".

Não se atentou para o fato de que, na grande maioria dos casos da prática judiciária, as situações de urgência que reclamam a antecipação da tutela geram, inexoravelmente, situações irreversíveis, porque encerram casos em que a satisfação deve ser imediata, como,



v.g., aquela em que é autorizada uma viagem, uma cirurgia, ou uma inscrição imediata em concurso etc.

A regra ora **in foco** melhor disporia se, obedecendo à mesma margem de discricionariedade que inseriu para a concessão, a mantivesse mesmo nos casos de irreversibilidade, que representam grande parte das demandas de urgência.

Por outro lado, subjaz a certeza de que, não obstante textual a discricionariedade do magistrado, advirá a interpretação dos tribunais no sentido de que, preenchidos os pressupostos, é "direito da parte" a obtenção da tutela antecipada, tal como ocorre, **v.g.**, nas possessórias e demais procedimentos onde vem prevista a concessão das liminares antecipatórias dos efeitos do provimento final.

Na sua essência, a tutela antecipada é regra **in procedendo** que se concilia com o poder-dever que tem o magistrado de velar pela rápida e adequada solução dos litígios. Dentre os imperativos jurídico-processuais, caracteriza-se como um "poder", razão pela qual a lei utiliza-se da expressão "poderá".

Seguindo a regra de que ao juiz é lícito julgar total ou parcialmente procedente o pedido, dispõe o novo diploma que a antecipação da tutela também pode ser parcial ou total, mas sempre nos limites qualitativos e quantitativos do pedido. O legislador fez questão de assentar a congruência necessária entre o pedido e a possibilidade de antecipação, de tal sorte que qualquer atividade fugidia do juízo incorrerá em **error in procedendo** pela concessão **ultra petita**. Esse exagerado apego ao princípio dispositivo exclui, em princípio, a aplicação da regra da fungibilidade dos provimentos de urgência de franca utilização nos sistemas alienígenas.



Desta sorte, não caberá ao juízo, ao antecipar a tutela, escolher a "providência adequada", senão acolher parcial ou totalmente o pedido do autor, quer na sentença final, quer na decisão liminar.

É de se observar que um dos casos de tutela antecipada é o relativo aos direitos em estado de periclitção; por isso, se o juiz verificar que uma outra medida diversa daquela pleiteada revela-se suficiente a conjurar o perigo de dano, não poderá adotá-la se estiver fora da órbita do pedido. A lei sinaliza, nessas hipóteses, com a adstrição do juiz aos elementos da demanda, restando ao magistrado a improcedência do pedido, malgrado o estado de periclitção do direito veiculado na ação, o que demonstra do grave equívoco legislativo.

Perseveramos, assim, no entendimento de que, nos casos de tutela de segurança, é amplíssima a margem de arbítrio do juiz na escolha do provimento "sob medida", considerando a medida adequada como implícita no pedido de tutela antecipatória. Para esse fim, o juiz deverá atentar apenas para o princípio de que não pode conceder a título de antecipação aquilo que não concederia como provimento final.

Objetivamente, à luz do dispositivo, uma odiosa interpretação literal implicaria afirmar, **v.g.**, que o juiz, diante de um pedido de arresto que alcançasse vários bens, não poderia reduzi-lo à quantidade "que reputasse suficiente" para garantia do crédito exequendo, ou, em face de um pedido de interdição de vários estabelecimentos, não poderia conceder a medida apenas de nomeação de um administrador para os mesmos, em razão de não constar referida providência do pedido de tutela antecipada.

Destarte, a tutela antecipada torna desnecessária, a instauração de processo antecedente para obtenção de medida prévia antes da instauração do feito principal.



É que o legislador inseriu-a como uma fase do processo principal, estendendo a qualquer processo de conhecimento a possibilidade de concessão de liminar antecipatória dos efeitos da providência definitiva. Entretanto, não se podem excluir as hipóteses em que a relação jurídica digna de proteção apresenta formação gradual e complexa e que numa dessas fases já se faça necessária a tutela de segurança, sem prejuízo de outra que porventura se imponha ao final da constituição completa da relação.

Assim, **v.g.**, uma deliberação assemblear pode ser impugnada através de ação com tutela antecipada, sem prejuízo da continuação desse ato societário onde outras manifestações em continuação podem ser também objeto de demandas futuras. Nessa hipótese, a parte não é obrigada a aguardar o desenrolar da "lesão" ao seu direito para pleitear a tutela principal com pedido de antecipação. É lícito requerer a tutela de segurança de seu direito material antecipadamente, através de processo sumário, passível, inclusive, de ser revista, posteriormente, quando posta em juízo a pretensão final. Não obstante ocorrência mais rara, não se pode excluir essa tutela antecipada antecedente sem cunho cautelar.

Entretanto, integrado completamente na esfera jurídica de seu titular o direito para o qual pede a proteção judicial, poderá o mesmo, existentes os pressupostos da antecipação, pedir o adiantamento da tutela no bojo do próprio processo principal, sem a necessidade de duplicação de feitos, como ocorria outrora com a utilização promíscua do processo cautelar antecedente ao processo principal, onde se pleiteava a defesa de interesses substanciais a pretexto de "cautelares inominadas".